

VU Research Portal

Herziening ten nadele: de wet hervorming herzieningsregeling en het EVRM

Bijlsma, J.

published in

NJCM-bulletin: Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten
2009

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bijlsma, J. (2009). Herziening ten nadele: de wet hervorming herzieningsregeling en het EVRM. *NJCM-bulletin: Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten*, 142-154.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

ARTIKELN

HERZIENING TEN NADELE: DE WET HERVORMING HERZIENINGSREGELING EN HET EVRM

Johannes Bijlsma*

Het voorstel voor een 'Wet hervorming herzieningsregeling' voorziet in de mogelijkheid onherroepelijk geëindigde strafzaken ten nadele van de (gewezen) verdachte te herzien. In het onderhavige artikel wordt de jurisprudentie van het Europees Hof over herziening ten nadele in het licht van artikel 6 EVRM besproken. Vervolgens worden mogelijke knelpunten van het wetsvoorstel in verband met artikel 6 EVRM in kaart gebracht.

1 Inleiding

Het buitengewone rechtsmiddel van de herziening in strafzaken staat ter discussie. De Minister van Justitie heeft een (concept-)wetsvoorstel gepubliceerd dat in twee opzichten een verruiming inhoudt van de mogelijkheden om een onherroepelijke uitspraak van de strafrechter te herzien.¹ Enerzijds wordt met het wetsvoorstel beoogd de rechtsbescherming van burgers te verbeteren door – onder meer – de mogelijkheden voor herziening van een onherroepelijke veroordeling te verruimen. Anderzijds wordt in het wetsvoorstel de mogelijkheid van herziening van een in een onherroepelijke vrijspraak of ontslag van rechtsvervolg geëindigde strafzaak geïntroduceerd, de zogenaamde herziening ten nadele van de gewezen verdachte.² Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid van herziening ten nadele indien nieuw bewijs aan het licht is gekomen dat het ernstige vermoeden doet rijzen dat de verdachte, als de rechter daarmee bekend zou zijn geweest, zou zijn veroordeeld (*novum*). Daarnaast zouden procedurele onregelmatigheden (*falsa*) herziening ten nadele mogelijk moeten maken. Van een *falsum* is bijvoorbeeld sprake wanneer een getuige zich met betrekking tot de strafzaak aan meenede schuldig heeft gemaakt en het ernstige vermoeden bestaat dat indien de rechter daarmee bekend zou zijn geweest, de zaak zou zijn geëindigd in een veroordeling van de gewezen verdachte.

* Mr. J. Bijlsma is advocaat bij Pels Rijken & Droogleevers Fortuijn te Den Haag.

1 Het wetsvoorstel 'Wet hervorming herzieningsregeling' en de memorie van toelichting zijn te raadplegen op: www.minjus.nl/actueel/persberichten/archief-2008/80715ruimere-mogelijkheden-voor-herziening-in-strafzaken.aspx. In 2003 heeft de (toenmalige) Minister van Justitie overigens nog te kennen gegeven geen aanleiding te zien een wetsvoorstel voor te bereiden dat herziening ten nadele mogelijk maakt, zie: *Kamerstukken II* 2002/03, 27 419, nr. 6.

2 Diverse auteurs hebben zich reeds uitgelaten over de (on)wenselijkheid van de mogelijkheid van herziening ten nadele. Zie bijv. W.F. van Hattum 'Herziening ten nadele. Wat de kwestie Joran van der Sloot ons kan leren', *NJB* 2008, p. 682-684; N.J.M. Kwakman, 'Opsporing verzocht? Strafvorderlijke opsporing in het kader van de herziening ten nadele', *NJB* 2008, p. 1038-1040 en P.J.P. Tak, *Herziening na vrijspraak* (afscheidsrede Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

HERZIENING TEN NADELE: DE WET HERVORMING HERZIENINGSREGELING EN HET EVRM

De vraag is wel opgeworpen of Nederland door invoering van de mogelijkheid van herziening ten nadele een buitenbeentje in Europa zal worden. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt er terecht op gewezen dat het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: het EVRM) geen verbod bevat een onherroepelijk geëindigde strafzaak ten nadele van de verdachte te herzien. Wel wordt in de memorie van toelichting onder ogen gezien dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voorwaarden stelt aan de herziening ten nadele van de verdachte.³

In dit artikel zal ik de jurisprudentie van het Europees Hof die betrekking heeft op de herziening ten nadele tegen het licht houden en daaruit een aantal voorwaarden afleiden waarbinnen herziening ten nadele mogelijk is. In het tweede deel van het artikel zal ik aandacht besteden aan de vraag hoe het wetsvoorstel zich verhoudt tot deze verdragsrechtelijke eisen en welke complicaties eventueel kunnen rijzen bij de voorgestelde regeling. Wordt Nederland een buitenbeentje in Europa, of kan het wetsvoorstel de toets van het Europees Hof doorstaan?

2 Het Zevende Protocol bij het EVRM

Het EVRM kent geen bepaling die met zoveel woorden rept over de herziening van onherroepelijk geëindigde strafzaken. Het Zevende Protocol bij het EVRM kent een dergelijke bepaling wel. Hoewel het protocol (nog) niet door Nederland is geratificeerd, is een korte uiteenzetting over artikel 4 van het protocol hier op zijn plaats.⁴ In de hierna te bespreken jurisprudentie van het Europees Hof over artikel 6 EVRM verwijst het Hof naar artikel 4 Zevende Protocol. Artikel 4, eerste en tweede lid Zevende Protocol bepaalt:

1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedures of that State.
2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the re-opening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.

In het eerste lid is het *ne bis in idem*-beginsel uitgedrukt: nadat een strafzaak onherroepelijk is geëindigd, is een tweede vervolging of tweede bestraffing (in beginsel) niet toegelaten.⁵ Heropening van een in een onherroepelijke uitspraak geëindigde strafzaak is op grond van het tweede lid evenwel toegestaan, voor zover sprake is van nieuwe of pas aan het licht

3 MvT, p. 61-64.

4 Zie uitgebreider over artikel 4 Zevende Protocol: F.W. Bleichrodt, 'Ne bis in idem (Article 4 of Protocol No. 7)', in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 979-983 en A.W. Heringa, 'Het zevende protocol', in: J.H. Gerards e.a., *EVRM. Rechtspraak en commentaar*, Den Haag: Sdu, (losbl., aanvulling 18, 11-2000).

5 Zie EHRM 20 juli 2004, *Nikitin t. Rusland*, appl. no. 50178/99, par. 35: 'The Court notes that the protection against duplication of criminal proceedings is one of the specific safeguards associated with the general guarantee of a fair hearing in criminal proceedings.'

gekomen feiten of indien een *fundamental defect* kleeft aan de eerdere procedure, die de uitkomst van de zaak zou kunnen beïnvloeden. In *Nikitin t. Rusland* overweegt het Hof daarover:

'The Court observes that Article 4 of Protocol No. 7 draws a clear distinction between a second prosecution or trial, which is prohibited by the first paragraph of that Article, and the resumption of a trial in exceptional circumstances, which is provided for in its second paragraph.'⁶

Artikel 4 Zevende Protocol staat daarom in beginsel niet aan herziening ten nadele van de (gewezen) verdachte in de weg. Het tweede lid is immers niet beperkt tot heropening ten gunste van een veroordeelde.

Artikel 4 Zevende Protocol is van toepassing op strafrechtelijke uitspraken die onherroepelijk zijn. Een uitspraak is onherroepelijk als:

'(...) according to the traditional expression, it has acquired the force of *res judicata*. This is the case when it is irrevocable, that is to say when no further remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time-limit to expire without availing themselves of them.'⁷

Dat buitengewone rechtsmiddelen tegen een uitspraak openstaan, maakt niet dat een uitspraak niet onherroepelijk is in de zin van artikel 4 Zevende Protocol.⁸

In de jurisprudentie van het Europees Hof over artikel 4 Zevende Protocol is aandacht besteed aan de vraag wanneer sprake is van een overtreding waarover reeds bij onherroepelijke uitspraak in de zin van artikel 4 Zevende Protocol is beslist. Eendaadse samenloop is niet in strijd met artikel 4 Zevende Protocol. In *Oliveira t. Zwitserland* was aan Oliveira aanvankelijk een boete opgelegd naar aanleiding van een verkeersongeval. Later volgde een veroordeling voor hetzelfde feitencomplex ter zake van het veroorzaken van lichamelijk letsel. Het Hof oordeelt:

'There is nothing in that situation which infringes Article 4 of Protocol No. 7 since that provision prohibits people being tried twice for the same offence whereas in cases concerning a single act constituting various offences (*concoure idéal d'infractions*) one criminal act constitutes two separate offences.'⁹

Nieuwe feiten of fundamentele gebreken kunnen heropening van een zaak op grond van artikel 4, tweede lid, Zevende Protocol, dus ook herziening ten nadele van de gewezen verdachte, rechtvaardigen. Ook nieuwe technologie voor het verzamelen van bewijs – te denken valt bijvoorbeeld aan nieuwe technieken om DNA te bepalen – kan onder nieuwe of pas ontdekte feiten worden begrepen. Dat zou afgeleid kunnen worden uit de toelichting op artikel 4 Zevende Protocol. Onder 'new or newly discovered facts' zou ook moeten worden verstaan 'new means of proof relating to previously existing facts'.¹⁰

6 *Nikitin t. Rusland*, par. 45.

7 *Nikitin t. Rusland*, par. 37.

8 *Nikitin t. Rusland*, par. 39.

9 EHRM 30 juli 1998, *Oliveira t. Zwitserland*, appl. no. 84/1997/868/1080, par. 26.

10 Zie R.M. Vennix, 'Herziening ten nadele van de verdachte?', *DD* 2001, p. 711-721, p. 714-715. Zie ook F.W. Bleichrodt in Van Dijk e.a. 2006 (*supra* noot 4), p. 982-983.

3 Fair trial

Een vraag die van belang is, is hoe het instituut van herziening ten nadele zich verhoudt tot het in artikel 6 EVRM geformuleerde recht op een *fair trial*. Anders dan artikel 4 Zevende Protocol werkt artikel 6 EVRM wel rechtstreeks door in de Nederlandse rechtsorde. Maakt het *ne bis in idem*-beginsel bijvoorbeeld deel uit van het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een *fair trial*? Vennix heeft in 2001 opgemerkt dat het Europees Hof zich nog niet over deze kwestie had uitgelaten.¹¹ Ook Mevis en Kooijmans schrijven (in 2003) dat het *ne bis in idem*-beginsel niet expliciet in artikel 6 EVRM is opgenomen. Hoewel het beginsel wel eens met artikel 6 EVRM in verband was gebracht door de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, was dat nooit nader uitgewerkt in de jurisprudentie van het Hof.¹²

In een aantal (relatief) recente arresten heeft het Hof geoordeeld over de herziening ten nadele in het licht van artikel 6 EVRM. Hoewel in de jurisprudentie tot nu toe slechts grove lijnen zijn te ontwaren, is duidelijk dat het Hof een aantal minimumeisen stelt waaraan een herziening ten nadele moet voldoen.

3.1 *Nikitin t. Rusland*

In de zaak die leidde tot het reeds aangehaalde arrest *Nikitin t. Rusland* uit 2004 was het volgende het geval. Nikitin, voormalig marineofficier, werd vervolgd terzake van landverraad. Het Russische Hooggerechtshof sprak hem bij onherroepelijke uitspraak vrij. De procureur-generaal (*procurator-general*) diende op 30 mei 2000 een verzoek bij het Presidium van het Hooggerechtshof in om de zaak te herzien in *supervisory proceedings*. Het Presidium wees het verzoek af en hield de vrijspraak in stand. Bij het Hof klaagde Nikitin over schending van artikel 4 Zevende Protocol: zijn recht om niet opnieuw vervolgd te worden voor een feit waarvan hij onherroepelijk was vrijgesproken zou zijn geschonden. Tevens zouden de *supervisory review proceedings* in strijd zijn met het *fair trial*-beginsel van artikel 6 EVRM. Over die laatste klacht oordeelt het Hof als volgt:

'The Court has found that the supervisory review in this case was compatible with the *non bis in idem* principle enshrined in Article 4 of Protocol No. 7, which is itself one aspect of a fair trial. The mere fact that the institution of supervisory review as applied in the present case was compatible with Article 4 of Protocol No. 7 is not, however, sufficient to establish compliance with Article 6 of the Convention. The Court must determine its compatibility with Article 6 independently of its conclusion under Article 4 of Protocol No. 7.'¹³

Ne bis in idem is onderdeel van het recht op een eerlijk proces. Artikel 6 EVRM biedt op zichzelf evenwel geen bescherming tegen een vervolging terzake van een feit waarvoor een persoon reeds is veroordeeld. De ontvankelijkheidsbeslissingen van het Hof *Rabus t. Duitsland* en *Ponsetti*

11 Vennix 2001 (*supra* noot 10), p. 715.

12 P.A.M. Mevis & T. Kooijmans, *Herziening ten nadele*, Deventer: Kluwer 2003, p. 11.

13 *Nikitin t. Rusland*, par. 54.

& *Chesnel t. Frankrijk*,¹⁴ waarnaar in de memorie van toelichting wordt verwezen,¹⁵ maken dit duidelijk. In *Rabus t. Duitsland* overwoog het Hof:

'(...) the principle *ne bis in idem* is embodied solely in Article 4 of Protocol No. 7 and that other provisions of the Convention do not guarantee compliance with it.'¹⁶

Hoewel artikel 6 EVRM op zichzelf geen bescherming tegen herhaalde vervolging voor hetzelfde feit biedt, stelt artikel 6 EVRM, aldus het Hof, wel eisen aan de heropening van onherroepelijk geëindigde strafzaken. In *Nikitin t. Rusland* worden die eisen uitgewerkt.

Het Hof (paragraaf 55) overweegt dat het reeds eerder had vastgesteld dat door *supervisory review* van onherroepelijke uitspraken de rechtszekerheid in het geding is. In *Brumarescu t. Roemenië* had het Hof de mogelijkheid van *supervisory review*, zonder dat daaraan een tijdslimiet was gesteld en op relatief ondergeschikte gronden, van een civiele uitspraak die inmiddels onherroepelijk (*res judicata*) en tenuitvoergelegd was, in strijd geoordeeld met het recht op een *fair hearing* van artikel 6 lid 1 EVRM.¹⁷ Het Hof vervolgt in *Nikitin t. Rusland*:

'The position regarding criminal cases is somewhat different, at least in so far as acquittals are concerned, as review could only be requested during a period of one year following the date of the acquittal in question.'¹⁸

In het arrest *Ryabykh t. Rusland* had het Hof – eveneens met betrekking tot een civiele zaak – overwogen:

'One of the fundamental aspects of the rule of law is the principle of legal certainty, which requires, among other things, that where the courts have finally determined an issue, their ruling should not be called into question.'¹⁹

'Legal certainty presupposes respect for the principle of *res judicata*, that is the principle of the finality of judgments. This principle underlines that no party is entitled to seek a review of a final and binding judgment, merely for obtaining a rehearing and a fresh determination of the case. Higher courts' power of review should be exercised to correct judicial errors and miscarriages of justice, but not to carry out a fresh examination. The review should not be treated as an appeal in disguise, and the mere possibility of there being two views on the subject is not a ground for re-examination. A departure from that principle is justified only when made necessary by circumstances of a substantial and compelling character.'²⁰

In de *Nikitin*-zaak vervolgt het Hof (paragraaf 56) dat de vereisten van rechtszekerheid niet absoluut zijn, maar (in strafzaken) moeten worden beschouwd in het licht van (onder meer)

14 EHRM 9 februari 2006, *Rabus t. Duitsland*, appl. no. 43371/02 en EHRM 14 september 1999, *Ponsetti & Chesnel t. Frankrijk*, appl. no. 36855/97 en 41731/98.

15 MvT, p. 62.

16 *Rabus t. Duitsland*, par. 1.

17 EHRM 28 oktober 1999, *Brumarescu t. Roemenië*, appl. no. 28342/95, par. 60-62.

18 *Nikitin t. Rusland*, par. 55.

19 EHRM 24 juli 2003, *Ryabykh t. Rusland*, appl. no. 52854/99, par. 51.

20 *Ryabykh t. Rusland*, par. 52.

artikel 4, tweede lid, Zevende Protocol. Tevens verwijst het Hof naar Aanbeveling No. R (2000) 2 van het Comité van Ministers, waarin de lidstaten worden opgeroepen te voorzien in een procedure waarin zaken kunnen worden herzien nadat in een concrete zaak een schending van het EVRM door het Europees Hof is vastgesteld.²¹ Het Hof concludeert (paragraaf 57) dat de enkele mogelijkheid dat een (bij onherroepelijke uitspraak geëindigde) strafzaak wordt heropend *prima facie* verenigbaar is met artikel 6 EVRM. De wijze waarop de herziening in een concrete zaak wordt toegepast, kan evenwel in strijd komen met het recht op een artikel 6 EVRM. Het Hof legt in dat verband de volgende toets aan:

'In particular, the Court has to assess whether, in a given case, the power to launch and conduct a supervisory review was exercised by the authorities so as to strike, to the maximum extent possible, a fair balance between the interests of the individual and the need to ensure the effectiveness of the system of criminal justice.'²²

Het belang van de gewezen verdachte bij rechtszekerheid verdient de bescherming van artikel 6 EVRM, maar is slechts één kant van de medaille. De andere kant wordt gevormd door het belang van een effectieve strafrechtspleging. Het Hof acht van belang dat de herziening van een onherroepelijke vrijspraak aan een effectieve strafrechtspleging bij kan dragen. Bij heropening van een zaak moeten beide belangen tegen elkaar worden afgewogen. In *Nikitin t. Rusland* nam het Hof geen schending aan. Het Presidium besliste ten faveure van Nikitin: zijn strafzaak werd niet heropend. De bescherming van artikel 6 EVRM strekt zich, aldus het Hof, niet uit tot procedures waarin een verzoek om herziening (ten nadele) wordt beoordeeld en afgewezen. Eerst wanneer een verzoek tot herziening van een onherroepelijke vrijspraak wordt toegewezen, is sprake van heropening van de zaak en 'herleeft' de *criminal charge*.

Bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een herziening ten nadele met artikel 6 EVRM moeten twee stappen worden gemaakt. Ten eerste kan de beslissing een strafzaak te herzien als zodanig strijd opleveren met het EVRM, namelijk wanneer geen *fair balance* bestaat tussen het belang van de verdachte en het belang van een effectieve strafrechtspleging. Alleen bijzondere omstandigheden rechtvaardigen doorbreking van het beginsel van rechtszekerheid. Ten tweede strekt de bescherming van artikel 6 EVRM zich ten volle uit over de heropende strafzaak.²³

3.2 Latere jurisprudentie

Na *Nikitin t. Rusland* heeft het Europees Hof zich nog een aantal maal uitgelaten over de herziening ten nadele. Voor de reikwijdte van artikel 6 EVRM in verband met de herziening

21 De Aanbeveling is te raadplegen op www.coe.int. Zie hierover: P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 99-100 en 227-228.

22 *Nikitin t. Rusland*, par. 57.

23 Zie bijvoorbeeld EHRM 15 december 2005, *Vanyan t. Rusland*, appl. no. 53203/99, waarin het Hof de procedure na heropening in strijd oordeelt met artikel 6 EVRM vanwege schending van het *equality of arms*-beginsel.

ten nadele is ten eerste de zaak van *Savinskiy t. Oekraïne* uit 2006 van belang. In deze zaak nam het Hof voor het eerst een schending aan van artikel 6 EVRM wegens schending van het *fair balance*-vereiste.²⁴

Savinskiy werd bij onherroepelijke uitspraak veroordeeld tot drie jaar gevangenisstraf en een geldboete. Maar liefst tweemaal werd een verzoek om herziening ten nadele toegewezen. De onherroepelijke uitspraak werd in *supervisory proceedings* vernietigd door het Presidium van de rechtbank en terugverwezen. Ditmaal werd Savinskiy veroordeeld tot vijf jaar voorwaardelijke gevangenisstraf met een proeftijd van twee jaar en een (hogere) boete. In hoger beroep werd de uitspraak in stand gelaten en vervolgens onherroepelijk. Opnieuw werd een verzoek om herziening ten nadele toegewezen. Savinskiy werd door een andere rechtbank veroordeeld tot vijf jaar gevangenisstraf. Het Hooggerechtshof vernietigde deze beslissing, en veroordeelde hem tot (slechts) twee jaar gevangenisstraf. Savinskiy klaagt bij het Europees Hof over schending van artikel 6 EVRM.

Het Hof (paragraaf 23) stelt weer voorop dat herziening *prima facie* verenigbaar is met artikel 6 EVRM, maar dat bij de heropening van de zaak en het nieuwe onderzoek een *fair balance* moet bestaan tussen de belangen van het individu en het belang van een effectieve strafrechtspleging. Voorts overweegt het Hof (paragraaf 25) dat beide keren de heropening van de zaak niet was gebaseerd op nieuwe feiten of fundamentele procedurele gebreken – waarmee het Hof impliciet verwijst naar artikel 4 lid 2 Zevende Protocol –, maar veeleer op het feit dat de president van de rechtbank het persoonlijk oneens was met de beoordeling van de feiten door de rechtbank en de kwalificatie daarvan. Het Hof vervolgt dat de rechtbank alle aanklachten had beoordeeld en dat de conclusies van de rechtbank niet *manifestly unreasonable* waren, omdat het Hooggerechtshof de uitspraken uiteindelijk in stand liet. De door de president aangevoerde gronden voor herziening konden het aantasten van een onherroepelijke uitspraak en het gebruikmaken van het buitengewone rechtsmiddel niet rechtvaardigen, zodat geen *fair balance* bestond. Daarbij overweegt het Hof overigens ook nog dat de wijze waarop de president en het Presidium insisterden op een bepaalde kwalificatie en straf op zichzelf al een schending van het *fair trial*-beginsel inhield. Het Hof oordeelt dan ook dat artikel 6 lid 1 EVRM geschonden is.²⁵ Ook volgens het Europees Hof moeten rechtszaken eens tot een einde komen.

In de zaak *Fadin t. Rusland* draaide het om, zoals het Hof vaststelde, een herziening ten nadele waarbij sprake was van fundamentele gebreken in een onherroepelijke uitspraak.²⁶ Het Hof stelt het belang van rechtszekerheid opnieuw voorop:

'In the specific context of supervisory review, the Convention requires that the authorities respect the binding nature of a final judicial decision and allow the resumption of criminal proceedings only if serious legitimate considerations outweigh the principle of legal certainty.'²⁷

24 EHRM 28 februari 2006, *Savinskiy t. Oekraïne*, appl. no. 6965/02.

25 In de vergelijkbare zaak EHRM 16 januari 2007, *Bujnita t. Moldavië*, appl. no. 36492/02, kwam het Hof tot dezelfde conclusie.

26 EHRM 27 juli 2006, *Fadin t. Rusland*, appl. no. 58079/00.

27 *Fadin t. Rusland*, par. 33. Zie ook de ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 9 maart 2006, *Bratyakin t. Rusland*, appl. no. 72776/01.

Fadin had zelf de aanklager verzocht om een verzoek tot heropening van de zaak en een volledig nieuwe behandeling in te dienen. Indien een veroordeelde zelf om herziening verzoekt, zo overweegt het Hof (paragraaf 34), dan is de rechtszekerheid niet in het geding indien de zaak vervolgens ten nadele van de veroordeelde wordt herzien. Artikel 6 EVRM was niet geschonden.

In *Radchikov t. Rusland* was sprake van een herziening ten nadele in de meest zuivere vorm.²⁸ Radchikov werd verdacht van onder meer betrokkenheid bij moord. Bij gebrek aan bewijs werd hij in twee instanties van alle aanklachten vrijgesproken. De vrijspraak werd onherroepelijk. De aanklager verzocht daarop om herziening, onder meer omdat zijns inziens de rechters, in plaats van Radchikov vrij te spreken, een aanvullend onderzoek hadden moeten bevelen. Het verzoek om herziening werd toegewezen, omdat sprake zou zijn geweest van een eenzijdig onderzoek van de zaak.

Het Hof overweegt (paragraaf 48) dat het enkele gegeven dat het onderzoek eenzijdig was en mogelijk tot een onterechte vrijspraak leidde niet zonder meer,

'(...) in the absence of jurisdictional errors or serious breaches of court procedure, abuses of power, manifest errors in the application of substantive law or any weighty reasons stemming from the interests of justice'²⁹

een fundamenteel gebrek in de procedure is. Alsdan zouden, aldus het Hof, de consequenties van een door de autoriteiten gebrekkig verricht onderzoek geheel voor rekening van de verdachte komen en – belangrijker – het zou inhouden dat onherroepelijk afgedane zaken onbeperkt voor herziening in aanmerking kunnen komen. De herzieningsprocedure in de *Radchikov*-zaak werd naar het oordeel van het Hof benut om fouten in het voorbereidend onderzoek te corrigeren. De appèlrechter had zich evenwel al over het nut van aanvullend onderzoek gebogen, en het daartoe strekkende verzoek van de aanklager verworpen. De herzieningsprocedure werd daarom volgens het Hof gebruikt als een verkapt appèl om een nieuwe beoordeling te krijgen op punten waarover de appèlrechter ook al had beslist. Dat kan de goedkeuring van het Hof niet wegdragen:

'The Court considers that the mistakes or errors of the state authorities should serve to the benefit of the defendant. In other words, the risk of any mistake made by the prosecuting authority, or indeed a court, must be borne by the state and the errors must not be remedied at the expense of the individual concerned.'³⁰

De herzieningsprocedure diende er daarom niet toe een fundamenteel gebrek te herstellen, maar was er enkel op gericht de zaak 'over te doen'.³¹ Dat, aldus het Hof, is in strijd met artikel 6 EVRM.

28 EHRM 24 mei 2007, *Radchikov t. Rusland*, appl. no. 65582/01.

29 *Radchikov t. Rusland*, par. 48.

30 *Radchikov t. Rusland*, par. 50.

31 Vgl. *Ryabykh t. Rusland*, par. 52.

In de zaak *Kiselev t. Rusland*, waarin het Hof onlangs uitspraak deed, was sprake van een vergelijkbare situatie.³² De strafzaak tegen Kiselev werd heropend om, in de woorden van het Hof, (slechts) een *rehearing of precisely the same legal point* te bewerkstelligen. Daarmee strekte de herziening er niet toe om *judicial errors* of *fundamental defects* te herstellen, maar was ook deze heropening erop gericht de zaak over te doen. Het Hof acht artikel 6 EVRM geschonden.

4 Tussenbalans

Hoewel de hoeveelheid rechtspraak van het Europees Hof over het onderwerp beperkt is, kunnen daarin met betrekking tot de herziening ten nadele de volgende contouren worden herkend:

- Het *ne bis in idem*-beginsel is neergelegd in artikel 4, eerste lid, Zevende Protocol. Herziening van een onherroepelijke uitspraak – ook ten nadele – is in beginsel toegelaten op grond van artikel 4, tweede lid, Zevende Protocol, terwijl ook artikel 6 EVRM zich daar in beginsel niet tegen verzet.
- De bescherming van artikel 6 EVRM strekt zich uit over de beslissing een verzoek tot herziening ten nadele toe te wijzen. Wordt een verzoek om herziening ten nadele afgewezen, dan is artikel 6 EVRM niet in het geding.
- Aantasting van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak via het buitengewone rechtsmiddel van de herziening staat op gespannen voet met de rechtszekerheid. Slechts zeer bijzondere omstandigheden ('*serious legitimate considerations*'), kunnen aantasting van een onherroepelijke uitspraak rechtvaardigen, de herziening moet ertoe strekken een *fundamental judicial error* of a *miscarriage of justice* te herstellen.
- Indien een veroordeelde zelf om herziening verzoekt is de rechtszekerheid niet in het geding.
- Bij heropening van een onherroepelijke strafzaak moet een *fair balance* bestaan tussen de belangen van de veroordeelde of de gewezen verdachte en het belang van een effectieve strafrechtspleging.
- Bij de vraag of een *fair balance* bestaat, kan van belang zijn gedurende welk tijdsbestek het mogelijk was herziening te verzoeken.
- Herziening ten nadele mag niet als een verkapt appel worden gebruikt.
- Fouten van vervolgende of rechterlijke instanties legitimeren niet zonder meer herziening van een onherroepelijk geëindigde strafzaak.
- Wordt een zaak heropend, dan zijn de waarborgen van artikel 6 EVRM op de vervolprocedure van toepassing.

³² EHRM 29 januari 2009, *Kiselev t. Rusland*, appl. no. 75469/01.

5 Het wetsvoorstel Hervorming herzieningsregeling

Tegen de achtergrond van de besproken rechtspraak van het Europees Hof over de herziening ten nadele, dringen zich enkele gedachten op over de door de minister voorgestelde wijziging van de herzieningsregeling. Ik stel daarbij voorop dat de beoordeling of een *fair balance* bestaat tussen de belangen van de verdachte en de samenleving in sterke mate afhangt van de omstandigheden van het geval. In een regeling die herziening ten nadele mogelijk maakt, zullen evenwel de nodige waarborgen moeten zijn opgenomen teneinde overeenstemming met de verdragsrechtelijke bepalingen te garanderen. In dat verband kom ik tot de volgende opmerkingen over het wetsvoorstel.

In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat Nederland niet gebonden is aan artikel 4 Zevende Protocol. Het protocol is immers niet door Nederland geratificeerd. Of een verzoek om herziening ten nadele aan artikel 6 EVRM voldoet, beoordeelt het Hof in het licht van artikel 4 Zevende Protocol.³³ In *Savinskiy t. Oekraïne* oordeelde het Hof bijvoorbeeld dat artikel 6 EVRM geschonden was, omdat de beslissing de veroordeling te herzien niet gebaseerd was op een fundamenteel gebrek of een nieuw feit. Aan artikel 4 Zevende Protocol moet daarom ten minste een zekere reflexwerking worden toegekend en is in zoverre ook voor Nederland van belang. Overigens lijkt er – in ieder geval formeel bezien – geen aanleiding in dit opzicht vraagtekens te plaatsen bij de wijze waarop de voorgestelde regeling is vormgegeven. In het wetsvoorstel wordt de mogelijkheid tot herziening ten nadele immers beperkt tot situaties waarin sprake is van *falsa* of *nova*. Het wetsvoorstel ziet daarmee op de op grond van artikel 4 lid 2 Zevende Protocol toegelaten heropening van strafzaken, niet op een – niet toegelaten – tweede vervolging of berechting voor hetzelfde feit. Of een *falsum* of *novum* in een concrete zaak voldoende zwaarwegend is om herziening te rechtvaardigen, zal moeten worden beantwoord door de Hoge Raad, die over de herzieningsaanvraag oordeelt.

Ook overigens zijn de nodige procedurele waarborgen in het wetsvoorstel opgenomen, die een al te lichtvaardige herziening ten nadele moeten voorkomen. De beperking van de mogelijkheid van herziening ten nadele op grond van een *novum* tot ernstige delicten – in het wetsvoorstel wordt herziening ten nadele op grond van een *novum* beperkt tot misdrijven waarop een levenslange straf is gesteld – is een dergelijke waarborg. Aangenomen mag worden dat het belang van een effectieve strafrechtspleging zwaarder weegt naarmate een delict ernstiger is. Naarmate een delict ernstiger is, zal eerder voldaan zijn aan het *fair balance*-vereiste.³⁴ Een andere waarborg is, het adagium *litis finiri oportet* indachtig, dat in beginsel herziening ten nadele ingevolge het voorgestelde artikel 482b, derde lid, sub c Sv eenmaal mogelijk is. Uit *Radchikov t. Rusland* volgt dat een zaak niet onbeperkt voor herziening vatbaar mag zijn. De beperking tot *nova* – bij *falsa* zou een strafzaak wel voor de tweede maal mogen worden herzien – lijkt in dit verband te rechtvaardigen. Betoogd kan worden dat een verdachte niet mag profiteren van een misdrijf op grond waarvan een herziening ten onrechte in zijn voordeel uitvalt.³⁵

³³ Zie bijv. *Nikitin t. Rusland*, par. 56.

³⁴ Vgl. Kwakman 2008 (*supra* noot 2), p. 1038-1039 en MvT, p. 71-72.

³⁵ MvT, p. 74.

Wel rijst de vraag hoe gedacht moet worden over het feit dat de delicten waarvoor het wetsvoorstel herziening ten nadele op grond van een *novum* mogelijk wil maken niet verjaren. In het wetsvoorstel wordt de periode gedurende welke een zaak ten nadele kan worden herzien gelijkgesteld aan de verjaringstermijn van het delict. Voor de misdrijven waarvoor herziening op grond van een *novum* kan worden verzocht, houdt dat in dat de mogelijkheid van herziening bestaat zolang de (gewezen) verdachte in leven is. Naar huidig recht verjaren misdrijven waarop een levenslange straf staat immers niet meer. Uit de rechtspraak van het Europees Hof kan worden afgeleid dat de termijn waarbinnen herziening van een uitspraak mogelijk is, van belang is bij de beoordeling of aan het *fair balance*-vereiste is voldaan. In de *Nikitin*-zaak achtte het hof mede van belang dat een vrijspraak in Rusland slechts gedurende een jaar na de uitspraak kon worden herzien.³⁶ In de hiervóór besproken arresten was ook steeds sprake van herziening ten nadele, relatief kort nadat de herziene uitspraak onherroepelijk was geworden. Niet ondenkbaar is – ook wanneer het om zeer ernstige misdrijven gaat – dat op enig moment het belang van de verdachte bij rechtszekerheid zwaarder moet wegen dan de belangen van een effectieve strafrechtspleging.³⁷ Of de ernst van een feit voldoende legitimatie vormt een zaak na ommekeer van tientallen jaren ten nadele te herzien, is zeer de vraag.

In de memorie van toelichting wordt aandacht besteed aan de mogelijkheid van herziening ten nadele wanneer sprake is geweest van onzorgvuldige opsporing of een fout van het Openbaar Ministerie of de rechter. Opgemerkt wordt,³⁸ mijns inziens terecht, dat onzorgvuldigheden tijdens het eerste proces geen absoluut beletsel zijn voor herziening ten nadele. *Fundamental judicial errors* zijn zelfs een grond voor herziening. Dat daar evenwel niet zomaar sprake van is, volgt uit *Radchikov t. Rusland* en *Kiselev t. Rusland*. De mogelijkheid van een onterechte vrijspraak ("*erroneous acquittal*") is niet zonder meer voldoende grond voor herziening. Voor een herhaling van zetten of het alsnog benutten van gemiste kansen bestaat geen ruimte, het moet gaan om zwaarwegende onzorgvuldigheden.³⁹ In de memorie van toelichting wordt dat overigens met zoveel woorden erkend.⁴⁰

Het wetsvoorstel voorziet in het voorgestelde artikel 482c Sv in de mogelijkheid om voorafgaande aan de aanvraag tot herziening nader onderzoek te verrichten, indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de Hoge Raad een aanvraag gegrond zal achten en het onderzoek dringend noodzakelijk is. De officier van justitie zal daartoe, na verkregen toestemming van het College van procureurs-generaal, een vordering bij de rechter-commissaris moeten indienen. Tegen de beschikking van de rechter-commissaris stelt het voorgestelde artikel 482d, tweede lid, Sv zowel voor de officier van justitie als voor de gewezen verdachte hoger beroep bij de rechtbank open. Bij een toewijzende beschikking kan de rechter-commissaris op de voet van het voorgestelde artikel 482e Sv de gevorderde en andere noodzakelijke onderzoeks-handelingen verrichten, waarbij hem de in het Wetboek van Strafvordering aan hem toegekende bevoegdheden toekomen. Een bevel tot bewaring mag hij evenwel slechts geven met verlof

36 *Nikitin t. Rusland*, par. 55.

37 In de memorie van toelichting wordt overigens in dit verband opgemerkt dat herziening ten nadele bij een zeer oud feit in het algemeen minder opportuun zal zijn. MvT, p. 72.

38 MvT, p. 72.

39 Zie *Radchikov t. Rusland*, par. 48.

40 MvT, p. 72.

van de rechtbank. Op grond van het voorgestelde artikel 482f Sv oordeelt de Hoge Raad over de gevangenneming of -houding van de (gewezen) verdachte.

Voorafgaande aan de daadwerkelijke herzieningsaanvraag kunnen derhalve, hoewel vrij strikt genormeerd, ingrijpende opsporingsbevoegdheden worden toegepast. In de memorie van toelichting wordt, onder verwijzing naar *Nikitin t. Rusland*, opgemerkt dat artikel 6 EVRM pas van toepassing is wanneer in een nationale procedure een definitieve beslissing is genomen. Pas na heropening van de zaak zou sprake zijn van de *determination of a criminal charge*.⁴¹ Het Europees Hof noemde de beslissing op het verzoek tot *supervisory review* in de *Nikitin*-zaak een '*procedural step which was no more than a precondition to a new determination of the criminal charge*'.⁴² Gelet op de ingrijpende bevoegdheden die in het kader van het nader onderzoek ter voorbereiding van de herzieningsaanvraag kunnen worden toegepast, rijst de vraag of dit moment soms niet eerder moet worden gelegd. In *Foti t. Italië* definieerde het Europees Hof de *criminal charge* als volgt:

'Whilst "charge", for the purposes of Article 6 par. 1, may in general be defined as "the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence", it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect.'⁴³

Een officiële beschuldiging is derhalve niet altijd vereist om van een *criminal charge* te kunnen spreken. In *Eckle t. Duitsland* stelt het Hof vast dat van een *criminal charge* ook al sprake kan zijn bij de arrestatie van een verdachte:

'(...) this may occur on a date prior to the case coming before the trial court, such as the date of arrest, the date when the person concerned was officially notified that he would be prosecuted or the date when preliminary investigations were opened.'⁴⁴

Zal het moment dat de *criminal charge* herleeft bij een 'papieren' herzieningsaanvraag ten nadele gelegd kunnen worden bij de toewijzende beslissing van de Hoge Raad, wanneer opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen jegens de gewezen verdachte worden toegepast is dat moment mogelijk al eerder aangebroken. Is het reëel om vol te houden dat geen sprake is van (feitelijke) heropening van de strafzaak en een (herleefde) *criminal charge* indien een gewezen verdachte in voorarrest wordt genomen of opsporingsbevoegdheden worden toegepast – onder meer omdat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de Hoge Raad een aanvraag gegrond zal achten –, omdat het 'slechts' gaat om een aanvraag tot herziening? In mijn ogen bestaat geen rechtvaardiging voor dat standpunt. De toepassing van opsporingsbevoegdheden en voorlopige hechtenis beïnvloeden de situatie van de (vrijgesproken) verdachte substantieel. Vatten we de toewijzende beslissing van de rechter-commissaris om nader onderzoek te verrichten op als een omstandigheid waaruit de verdachte – op de voet van het voorgestelde

41 MvT, p. 63.

42 *Nikitin t. Rusland*, par. 58.

43 EHRM 10 december 1982, *Foti t. Italië*, NJ 1987, 828 (m.nt. P. van Dijk), par. 52.

44 EHRM 15 juli 1982, *Eckle t. Duitsland*, appl. no. 8130/78, par. 73. Zie voor verwijzingen naar meer jurisprudentie over dit onderwerp: P. Van Dijk & M. Viering, in: Van Dijk e.a. 2006 (*supra* noot 4), p. 603-604.

artikel 482c, vierde lid, Sv wordt hij over de vordering van de officier van justitie gehoord – in redelijkheid mag opmaken dat het voornemen bestaat een strafvervolgning tegen hem in te stellen, of beter gezegd: voort te zetten, dan is artikel 6 EVRM vanaf dat moment van toepassing. Aannemelijk is dat dan ook de toewijzende beslissing op de voet van het voorgestelde artikel 482c Sv aan het *fair balance*-vereiste moet voldoen. Hierin is een argument gelegen om, bij wijze van extra waarborg, het initiatief tot het verrichten van nader onderzoek en het toepassen van dwangmiddelen niet bij de officier van justitie en het College van procureurs-generaal te leggen, maar bij de procureur-generaal bij de Hoge Raad.⁴⁵

6 Conclusie

Met het invoeren van een regeling die herziening ten nadele mogelijk maakt is Nederland nog geen buitenbeentje in Europa.⁴⁶ Onder strikte voorwaarden kan de herziening ten nadele van de verdachte de goedkeuring van het Europees Hof wegdragen. Verdragsrechtelijke problemen kunnen evenwel rijzen. Veel zal afhangen van de wijze waarop het buitengewone rechtsmiddel in de praktijk wordt toegepast en van de bijzondere omstandigheden van het geval. Het wetsvoorstel Hervorming herzieningsregeling bevat de nodige waarborgen om de gewezen verdachte zijn recht op een *fair trial* te garanderen. Het Europees Hof kent betekenis toe aan de periode waarin een uitspraak voor herziening vatbaar is. Een spanningsveld met artikel 6 EVRM lijkt daarom te bestaan bij de herziening op grond van een novum, omdat de mogelijkheid voor herziening op die grond volgens de bepalingen van het wetsvoorstel feitelijk pas eindigt met de dood van de gewezen verdachte. Ten slotte is aannemelijk dat de *criminal charge* herleeft door de beslissing nader onderzoek te verrichten of door de gewezen verdachte (opnieuw) in voorarrest te nemen. Die beslissing zal dan moeten voldoen aan het *fair balance*-vereiste, terwijl op dat moment ook de waarborgen van artikel 6 EVRM in werking treden. Dat is een argument om het initiatief tot nader onderzoek en de inbewaringstelling bij de procureur-generaal bij de Hoge Raad te leggen.

⁴⁵ Zie daarover nader T. Kooijmans & P.A.M. Mevis, 'Herziening ten nadele: toch liever via de (enige echte) Procureur-Generaal bij de Hoge Raad', *NJB* 2008, p. 1935-1936 en F.W. Bleichrodt, 'Herziening ten nadele', *Strafblad* 2008, p. 513 e.v. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de Minister heeft overwogen om de Hoge Raad te laten beslissen over de toelaatbaarheid van een nieuw opsporingsonderzoek, maar daarvan heeft afgezien. Zie MvT, p. 78-79.

⁴⁶ Landen met een Duitse rechtstraditie en enkele Scandinavische landen kennen ook een regeling voor herziening ten nadele. Zie Mevis & Kooijmans 2003 (*supra* noot 12), p. 56-53.

ROMA MAKEN SCHOOL IN STRAATSBURG

Marija Davidović & Peter R. Rodrigues *

Onder hoede van het European Roma Rights Centre in Budapest is het afgelopen decennium menige discriminatiezaak voor individuele Roma bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of Hof) met succes bepleit. De toegang tot het onderwijs is daarbij een belangrijk onderwerp geworden. Algemeen wordt aangenomen dat de maatschappelijke achterstand van Roma mede wordt veroorzaakt door gebrek aan goede scholing. Nadat de Grote Kamer in 2007 oordeelde dat Tsjechië Roma-kinderen in het onderwijs achterstelde door hun de toegang tot het reguliere onderwijs te onthouden, stond in 2008 het onderwijsbeleid van respectievelijk Griekenland (arrest Sampanis) en Kroatië (arrest Oršuš) ter discussie. Het Hof oordeelde dat Griekenland het recht op onderwijs van artikel 2 Eerste Protocol en het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM heeft geschonden, mede door plaatsing van Roma-leerlingen in aparte klassen op voornamelijk raciale gronden. In de Kroatische zaak acht het Hof geen sprake van enige schending van het EVRM. De plaatsing in aparte klassen was in dit geval geen automatisme en gebaseerd op objectieve maatstaven met betrekking tot de taalvaardigheid van de Roma-leerlingen. In deze bijdrage wordt eerst ingegaan op de ontwikkelingen in de EHRM-jurisprudentie in zaken met betrekking tot Roma. Vervolgens wordt uitgebreider stilgestaan bij de zaak Sampanis en de zaak Oršuš om daarna te bezien hoe beide arresten zich tot elkaar verhouden en met enkele conclusies af te sluiten.

1 Inleiding: Roma-zaken in Straatsburg

Het is opmerkelijk hoeveel uitspraken er van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zijn over het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM waarbij de klager of klagers Roma zijn. Het afgelopen decennium zijn dat er tientallen¹ met daaronder *landmark cases* als *Assenov* inzake de positieve verplichting tot onderzoek naar aanleiding van klachten over schendingen van het recht op leven of het verbod van onmenselijke behandeling,² *Nachova* inzake onderscheid tussen geweld en racistisch geweld,³ *Timishev* inzake het bijkans ontbreken van enige rechtvaardiging bij onderscheid naar ras⁴ en *Šečić* inzake bestraffing van racistisch geweld.⁵

De verklaring voor de proceskracht van de leden van de meest gedepriveerde Europese minderheidsgroep (8-10 miljoen mensen) is vooral toe te schrijven aan het *European Roma Rights Centre* te Budapest (www.errc.org). Het ERRC is in 1996 opgericht met belangrijke steun van

* Mw. mr. M. Davidović en mr. dr. P.R. Rodrigues zijn als jurist verbonden aan de Anne Frank Stichting te Amsterdam.

¹ Zie ook de noot van Hendriks onder EHRM 13 november 2006, *D.H. t. Tsjechië*, appl.no. 57325/00, EHRC 2008/5.

² EHRM 28 oktober 1998, appl.no. 24760/90, *Reports* 1998-VIII. Zie over deze problematiek ook EHRM 13 juni 2002, *Anguelova t. Bulgarije*, EHRC 2002/63 (m.nt. De Jonge).

³ EHRM 6 juli 2005, appl. no. 43577/98, EHRC 2005/97 (m.nt. Henard) en *NJCM-Bulletin* 2005, p. 1001 (m.nt. Hendriks).

⁴ EHRM 13 december 2005, appl.no. 55762/00, EHRC 2006/19 (m.nt. Henard) en *NJCM-Bulletin* 2006, p. 1149 (m.nt. Houtzager).

⁵ EHRM 31 mei 2007, appl.no. 40116/02.